

## **Investigazioni difensive e obbligo di verità in capo alla fonte dichiarativa.**

di *Andrea Mondo*

TRIBUNALE DI MILANO, UFFICIO DEL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI, 26 LUGLIO 2017 (UD. 9 MAGGIO 2017)  
GIUDICE DOTT.SSA DONADEO

**Sommario:** 1. La sentenza. - 2. Dall'abrogato art. 38 disp. att. c.p.p. alla vigente disciplina delle indagini difensive. - 3. L'indagine difensiva da fonti dichiarative: "forme" e prospettive di impiego. - 4. Investigazioni difensive e giudizio abbreviato.

### **1. La sentenza.**

Chiamato a pronunciarsi, in sede di giudizio abbreviato, sulla responsabilità penale di alcuni soggetti accusati del reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), il G.u.p. di Milano, vagliando, in sede di motivazione della sentenza, le dichiarazioni rilasciate al difensore di uno dei coimputati da persone informate sui fatti, ha affermato che queste ultime, se interpellate nell'ambito dell'indagine difensiva, non avrebbero «alcun vincolo di dire la verità come dinanzi all'autorità giudiziaria» (così, la sentenza n. 17/1044 - G.I.P. Trib. Milano, in commento).

Nonostante, nella fattispecie concreta, le dichiarazioni documentate e presentate dalla difesa siano state ritenute «del tutto ininfluenti rispetto al quadro probatorio delineato» e quindi, nella loro genericità, non decisive rispetto alla ricostruzione del fatto ed alle determinazioni conclusive del giudice, stupisce constatare come l'organo giudicante si sia premurato di precisare, quasi "di sfuggita", come si trattasse di una puntualizzazione addirittura scontata, che in capo alle persone informate sui fatti sentite dal difensore in sede di svolgimento delle indagini a favore del proprio assistito non vi sarebbe obbligo alcuno di dire la verità; con la conseguenza – non esplicitata ma fatalmente sottesa a quanto affermato dal giudice – che, a differenza delle informazioni rinvenute dall'organo dell'accusa e dalla polizia giudiziaria, quelle documentate e presentate dal difensore dovrebbero considerarsi intrinsecamente meno affidabili, poiché non assistite da alcuna garanzia di veridicità.

La tutela penale contro il mendacio della fonte, assicurata, sul versante dall'accusa, attraverso l'incriminazione della condotta reticente o menzognera della persona

richiesta di fornire informazioni utili ai fini delle indagini (art. 371-*bis* c.p., «False informazioni al pubblico ministero o al procuratore della Corte penale internazionale»), non troverebbe dunque alcun riscontro, nella prospettiva accolta nella sentenza in commento, sul fronte difensivo. Eppure, del fatto che anche nell'ambito delle indagini svolte dalla difesa il rilascio di informazioni non corrispondenti al vero comporti l'insorgere, in capo al dichiarante, di una responsabilità di natura penale, non è certo possibile dubitare: la condotta appena descritta integra infatti il reato di «False dichiarazioni al difensore» di cui all'art. 371-*ter* c.p., introdotto con legge 7 dicembre 2000, n. 397 («Disposizioni in materia di indagini difensive») e significativamente collocato, accanto alla già citata fattispecie di false informazioni al pubblico ministero, tra i delitti contro l'attività giudiziaria (Capo I, Titolo III, Libro II c.p.).

## **2. Dall'abrogato art. 38 disp. att. c.p.p. alla vigente disciplina delle indagini difensive.**

La ricostruzione della *ratio* e della portata operativa della norma racchiusa nell'art. 371-*ter* c.p., che finisce dunque per far gravare sulla fonte escussa dalla difesa un obbligo di verità simmetrico a quello previsto dall'art. 371-*bis* c.p., passa necessariamente attraverso l'inquadramento sistematico della disposizione all'interno dell'articolato intervento normativo con cui il legislatore, ormai diciassette anni or sono, ha innestato nel codice di rito la vigente disciplina delle indagini difensive<sup>1</sup>.

Come noto, l'obiettivo dichiarato della legge n. 397 del 2000 è stato quello di introdurre una regolamentazione organica dell'istituto, tale da garantire allo stesso quella piena operatività che una norma lacunosa come l'ormai abrogato art. 38 disp. att. c.p.p. ed una giurisprudenza troppo spesso "conservatrice" – più di quanto (forse) autorizzato dalla preesistente, scarsa disciplina – non erano state per lungo tempo in grado di assicurare. La colpevole rinuncia del legislatore a risolvere *ab origine* le delicate questioni attinenti, da un lato, alle modalità di svolgimento e documentazione delle indagini difensive, dall'altro, a quelle di utilizzazione delle loro risultanze (preferendosi ripiegare, al momento dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito, su una norma "di principio", volta a riconoscere alla difesa la «facoltà di svolgere investigazioni»), aveva infatti aperto la strada ad orientamenti giurisprudenziali fortemente restrittivi che, negando al difensore il potere di

---

<sup>1</sup> Per un approfondimento in materia, cfr.: A. DI MAIO, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001; AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore. Investigazioni private. Difesa d'ufficio – Patrocinio per i non abbienti*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2001; N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002; G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003; P. VENTURA, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UBERTIS e G.P. VOENA, vol. XXVII.2, Milano, 2005; S. LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, vol. III, a cura di G. GARUTI, Torino, 2009; E. LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, Napoli, 2013.

“cristallizzare” le risultanze della propria indagine in atti<sup>2</sup> e muovendo dal presupposto della tendenziale inaffidabilità degli stessi<sup>3</sup>, avevano finito per precludere qualsiasi possibilità di impiego in sede procedimentale e processuale della documentazione comunque formata dalla difesa<sup>4</sup>.

Tali orientamenti, del resto, non facevano altro che inserirsi nel solco tracciato dalla pronuncia con cui la Corte di Cassazione, tradendo un legame con i più rassicuranti (ma già allora superati) meccanismi inquisitori, aveva individuato nel pubblico ministero “*l’unico organo preposto nell’interesse generale alla raccolta e al vaglio dei dati positivi e negativi afferenti fatti di possibile rilevanza penale*”, con la conseguenza che, nel corso delle indagini preliminari, tutti gli elementi utili, compresi quelli acquisiti dai difensori, avrebbero dovuto essere “canalizzati” sull’accusa<sup>5</sup>. Alla difesa non sarebbe dunque rimasto altro che dedicarsi alla mera ricerca di informazioni favorevoli all’indagato e confidare nella sensibilità dell’avversario processuale verso le proprie richieste “istruttorie” per veder acquisite le risultanze dell’investigazione in atti processualmente spendibili<sup>6</sup>.

Sarebbe stato tuttavia necessario assistere al sostanziale fallimento del tentativo di “puntellare” – integrandola semplicemente – la scarna disciplina contenuta nell’art.

---

<sup>2</sup> Cfr. G.i.p. Trib. Milano, 17 settembre 1990, Giovanni, in *Giust. pen.*, 1991, III, p. 362 ss.: “[...] *va escluso, in ogni caso, che la norma transitoria (l’art. 38 disp. att. c.p.p.) abbia introdotto in un certo senso un potere di «indagine preliminare» del difensore, se con ciò si vuol prospettare la situazione di chi raccoglie delle dichiarazioni, le documenta, e le introduce nel processo per la valutazione del G.i.p. e addirittura in prospettiva, per il giudizio allo stato degli atti*”.

<sup>3</sup> Cfr., tra le altre, G.i.p. Trib. Milano, 13 novembre 1990, citata in G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003, p. 48, nota (5); secondo il Giudice, la possibilità di documentare – nel caso specifico, mediante un verbale di sommarie informazioni testimoniali – le dichiarazioni raccolte in sede di indagine doveva ritenersi preclusa al difensore “*in ragione della sua specifica qualità di parte privata, il cui dovere professionale non è compatibile con la possibilità di ricorrere a pubbliche risorse nell’indagare sui fatti e, soprattutto, con la facoltà di formare direttamente atti processuali che diano garanzia, per sé medesimi, dell’essere accaduto ciò e solo ciò che gli stessi documentano*”.

<sup>4</sup> Oltre a non riconoscere al difensore la facoltà di presentare direttamente al G.i.p. i propri atti investigativi (cfr. Trib. Lecce, 29 settembre 1993, Santolla, in *Cass. pen.*, 1994, p. 452), la giurisprudenza di merito escludeva l’utilizzabilità degli stessi anche nell’udienza preliminare (cfr. G.i.p. Trib. Treviso, 20 febbraio 1992, Oniga, in *Dif. pen.*, 1992, fasc. 36, p. 105) ed in sede dibattimentale (cfr. Trib. Venezia, Sez. I penale, 12 novembre 1991, Fabbro, in *Dif. pen.*, 1992, fasc. 36, p. 105); timide aperture si registravano soltanto nell’ambito dei procedimenti cautelari (cfr. Cass., Sez. I, 5 giugno 1992, Padovani, in *Cass. pen.*, 1994, fasc. 4, p. 971 ss.).

<sup>5</sup> Cfr. Cass, Sez. Fer., 18 agosto 1992, Burrafato, in *Cass. pen.*, 1993, fasc. 6, p. 1502.

<sup>6</sup> Secondo quanto affermato dalla Suprema Corte (cfr. ancora Cass, Sez. Fer., 18 agosto 1992, Burrafato, cit.), infatti, “*l’art. 38 disp. att. c.p.p. limita la facoltà del difensore alla scoperta di elementi favorevoli (mediante investigazioni esplorative o conferimento con persone in grado di fornire informazioni), senza estenderla alla diretta acquisizione dei dati, essendo quest’ultimo compito del p.m. nella fase delle indagini preliminari e del giudice successivamente*”.

38 disp. att. c.p.p.<sup>7</sup>, affinché il legislatore prendesse atto della necessità di operare un intervento strutturale in materia di indagini difensive.

Del resto, lo squilibrio di poteri venuto a crearsi tra le parti sul terreno della prova, già di per sé incompatibile con le aspirazioni “accusatorie” del nuovo codice di rito, era diventato ancor più intollerabile alla luce della c.d. “svolta inquisitoria” del 1992: con le ben note sentenze n. 24<sup>8</sup>, 254<sup>9</sup> e 255<sup>10</sup> di quell’anno, la Corte costituzionale, intervenendo sulla disciplina delle contestazioni e delle letture dibattimentali (oltre che sul divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria), aveva aperto infatti ampi varchi per il recupero e l’impiego in chiave probatoria della documentazione unilateralmente formata dai pubblici inquirenti nel corso delle indagini preliminari<sup>11</sup>.

Da questo forte ridimensionamento del principio di separazione delle fasi, la difesa era uscita ulteriormente danneggiata. Di fatto, l’arretramento del baricentro del processo verso la fase preliminare aveva restituito un sistema in cui l’impossibilità per il difensore di documentare e depositare le risultanze della propria indagine aveva amplificato gli effetti del suddetto squilibrio in ambito probatorio: a fronte di un’accusa impegnata, già in sede di indagine, a formare delle “prove” suscettibili di essere utilizzate dal giudice a fini decisori, la difesa si trovava ancora nelle condizioni di poter solo individuare (e non documentare) “elementi” a favore del proprio assistito.

---

<sup>7</sup> Ci si riferisce alla legge 8 agosto 1995, n. 332 con la quale, nell’ambito di un esteso intervento normativo volto a riequilibrare le posizioni di accusa e difesa nella fase delle indagini preliminari, venivano aggiunti all’art. 38 disp. att. c.p.p. abr. due nuovi commi: il comma 2-*bis*, che consentiva al difensore della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa di presentare direttamente al giudice gli elementi di prova considerati «rilevanti ai fini della decisione da adottare», e il comma 2-*ter*, in forza del quale la documentazione in tal modo depositata avrebbe dovuto essere inserita nel fascicolo relativo agli atti di indagine. Nonostante ciò, le investigazioni difensive rimanevano ancora prive di una disciplina che ne regolamentasse le modalità di svolgimento e documentazione; lacuna, questa, che consentiva ancora a parte della giurisprudenza di “diffidare” del materiale probatorio formato dalla difesa (cfr. G.i.p. Trib. Milano, 2 ottobre 1995, Corio, in *Giust. pen.*, 1996, III, p. 439).

<sup>8</sup> Cfr. Corte Cost., 31 gennaio 1992, n. 24, con nota di M. D’ANDRIA, in *Cass. pen.*, 1992, p. 917 ss.

<sup>9</sup> Cfr. Corte Cost., 3 giugno 1992, n. 254, con commento di M. FERRAIOLI, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1932 ss.

<sup>10</sup> Cfr. Corte Cost., 3 giugno 1992, n. 255, con commento di G. ILLUMINATI, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1961 ss.

<sup>11</sup> Più in particolare, la Corte dichiarava l’illegittimità costituzionale dei commi 3 e 4 dell’art. 500 c.p.p., facendo così venir meno il divieto per il giudice di valutare, ai fini dell’accertamento dei fatti, le dichiarazioni rese dai testi al pubblico ministero delle quali si fosse data lettura per le contestazioni (Corte. Cost., 3 giugno 1992, n. 255, cit.). La Consulta interveniva, inoltre, sull’art. 513 comma 2 c.p.p., dichiarandolo costituzionalmente illegittimo “nella parte in cui non prevede che il giudice, sentite le parti, dispone la lettura dei verbali delle dichiarazioni di cui al primo comma del medesimo articolo rese dalle persone indicate nell’art. 210, qualora queste si avvalgano della facoltà di non rispondere” (cfr. Corte Cost., 3 giugno 1992, n. 254, cit.).

In questa prospettiva, la legge n. 397 del 2000 veniva elaborata secondo una logica dichiaratamente “compensativa” dell’evidenziata asimmetria tra le posizioni delle parti: riconoscendo finalmente l’inscindibile correlazione esistente tra il momento “genetico” della documentazione investigativa ed il cruciale profilo della sua utilizzabilità in sede procedimentale e processuale, il legislatore ha infatti messo a punto una disciplina che, attraverso l’individuazione di precisi protocolli per le “operazioni” di raccolta e di cristallizzazione in atti degli elementi rinvenuti nel corso delle indagini, è oggi in grado di assicurare alle risultanze dell’investigazione difensiva modalità di impiego simmetriche a quelle tradizionalmente riservate agli atti unilateralmente formati dalla pubblica accusa.

### **3. L’indagine difensiva da fonti dichiarative: “forme” e prospettive di impiego.**

Per quanto interessa in questa sede, è certamente utile sottolineare come il legislatore si sia preoccupato di dettare una regolamentazione particolarmente dettagliata delle “forme” dell’investigazione avente ad oggetto fonti dichiarative, declinando i rapporti tra il difensore e le persone informate sui fatti secondo le tre distinte modalità individuate all’art. 391-*bis* c.p.p.: il colloquio non documentato (comma 1), attraverso il quale la difesa è in grado di saggiare, in via preventiva, il patrimonio conoscitivo delle potenziali fonti di prova; la ricezione di una dichiarazione scritta (comma 2), che il difensore deve autenticare ed allegare alla relazione di cui all’art. 391-*ter* comma 1 c.p.p.; l’assunzione di informazioni (comma 2), da documentarsi mediante verbale a norma dell’art. 391-*ter* comma 3 del codice di rito.

Indipendentemente dalle modalità di escussione della fonte, occorre mettere in evidenza come il difensore (nonché il sostituto, l’investigatore privato autorizzato ed il consulente tecnico, nei limiti delle attività investigative loro consentite) siano tenuti *ex art.* 391-*bis* c.p.p. a fornire all’interlocutore una serie di avvertimenti preliminari, funzionali, da un lato, a tutelare la persona dell’interpellato ed i suoi diritti, dall’altro ad assicurare la tutela della funzione difensiva<sup>12</sup>.

Pur non essendo questa la sede per approfondire lo scopo dei singoli avvertimenti di cui al comma 3 della norma da ultimo citata, è in ogni caso interessante osservare come il legislatore abbia avvertito la necessità di formalizzare le modalità di “contatto” con le persone informate sui fatti anche qualora il difensore dovesse limitarsi ad un semplice colloquio, non suscettibile di tradursi in atti spendibili nel processo; a riprova, quindi, della volontà di assicurare la trasparenza dei rapporti tra la difesa e le potenziali fonti di prova a prescindere dal loro esito sul piano della prova.

Tra i citati avvertimenti, assumono particolare rilevanza ai fini della presente analisi quelli di cui alle lettere *d)* e *f)* del comma 3 dell’art. 391-*bis* c.p.p.: il primo è volto ad informare la fonte della propria facoltà di non rispondere o di non

<sup>12</sup> Per un’analisi dei singoli avvertimenti preliminari che il difensore è tenuto a rivolgere alla fonte a norma dell’art. 391-*bis* comma 3 c.p.p., cfr. G. FRIGO, *L’indagine difensiva da fonti dichiarative*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 187 ss.

rendere la dichiarazione richiestale, il secondo concerne invece le responsabilità penali nelle quali l'interpellato rischia di incorrere nel caso in cui, liberamente determinatosi a rispondere alle domande formulate dalla difesa (o a rilasciare la dichiarazione scritta), dovesse rendere dichiarazioni false, integrando la condotta prevista dal già citato articolo 371-ter c.p.

Sotto questo profilo, la tutela che la norma appresta all'attività difensiva di acquisizione di notizie da fonti dichiarative si presenta analoga a quella garantita all'indagine "personale" del pubblico ministero dall'art. 371-bis c.p., con la sola, pur rilevante, asimmetria di disciplina che si rintraccia nella diversa rilevanza penale della reticenza del soggetto interpellato in sede investigativa: tenuto – pena l'integrazione del reato di cui all'art. 371-bis c.p. – a rivelare tutto ciò che conosce intorno ai fatti sui quali viene sentito, se richiesto di fornire informazioni ai fini delle indagini dall'organo dell'accusa; non obbligato a rispondere o a rilasciare la dichiarazione qualora ad interpellarlo sia il difensore (o, in caso di semplice colloquio non documentato, un suo ausiliario).

Il fatto che la fonte abbia facoltà di rifiutare la propria collaborazione alla difesa nulla ha a che vedere, in ogni caso, con l'obbligo di verità su di essa gravante nel caso in cui acconsenta all'atto investigativo: tanto davanti all'autorità giudiziaria quanto di fronte al difensore, il rilascio di informazioni mendaci comporterebbe comunque, per l'interpellato, il rischio di incorrere nella responsabilità penale di cui, rispettivamente, agli articoli 371-bis e 371-ter c.p. Le norme da ultimo citate tutelano infatti il medesimo bene giuridico, da individuarsi, in entrambe le ipotesi, nella veridicità di dichiarazioni il contenuto delle quali, oltre a poter incidere sugli sviluppi futuri delle indagini, è suscettibile di essere cristallizzato in atti processualmente spendibili<sup>13</sup>.

L'attenzione posta dal legislatore nel disciplinare le modalità di svolgimento e documentazione delle investigazioni difensive, tradottasi nell'individuazione di precisi protocolli operativi cui il difensore deve uniformarsi (pena l'inutilizzabilità delle dichiarazioni o delle informazioni acquisite: art. 391-bis comma 6 c.p.p.) sia in fase di "contatto" con la fonte che di successiva "escussione" della stessa nelle forme già precisate, si comprende, del resto, proprio alla luce del fatto che gli atti dell'indagine difensiva non si prestano solo ad un utilizzo meramente interno all'ufficio difensivo, unicamente finalizzato all'elaborazione della strategia processuale o all'individuazione di testimoni dei quali richiedere l'esame in dibattimento.

Come anticipato, la legge n. 397 del 2000 non si è limitata a regolamentare le "forme" dell'indagine difensiva, ma ha disciplinato anche l'ingresso e l'impiego processuale delle sue risultanze. La vigente disciplina, infatti, oltre a scandire le modalità e le tempistiche secondo le quali il difensore, laddove lo ritenga utile ed opportuno, è ammesso a depositare la documentazione formata in

---

<sup>13</sup> Sul punto cfr., in particolare, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2005, p. 402.

sede di indagine (facendola pervenire direttamente al giudice)<sup>14</sup>, regola le prospettive di impiego della stessa nelle diverse fasi processuali<sup>15</sup>, compreso il dibattimento, sede in cui, attraverso il meccanismo delle letture e delle contestazioni, le risultanze dell'investigazione privata – sia pure in ipotesi eccezionali – sono ora suscettibili di assumere pieno valore probatorio e di essere dunque poste dal giudice a fondamento della decisione sulla responsabilità dell'imputato<sup>16</sup>.

Sotto il profilo della rilevanza procedimentale dei rispettivi atti di indagine, è dunque possibile rintracciare, tra le posizioni di accusa e difesa, una simmetria quasi perfetta; simmetria che, come già ricordato, il legislatore ha cercato di

<sup>14</sup> A differenza del pubblico ministero, che è tenuto a documentare integralmente l'investigativa svolta (cfr. art. 373 c.p.p.) ed a trasmetterne tutti i relativi atti al giudice per le indagini preliminari (cfr. artt. 408 e 416 c.p.p.), il difensore ha «facoltà» non solo di decidere se procedere o meno alla documentazione degli elementi rinvenuti in sede di indagine ma anche di «calibrare» l'utilizzazione degli atti eventualmente formati. Alla difesa è infatti riconosciuto un vero e proprio potere di «selezione» del materiale probatorio raccolto, traducendosi nella possibilità di scegliere se, in quale misura e con quali tempistiche introdurre le proprie acquisizioni investigative nel procedimento. Sul punto cfr., in particolare, E. LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., p. 649 ss.

<sup>15</sup> Le modalità di presentazione e di utilizzo degli atti dell'indagine difensiva sono disciplinate, quanto alla fase delle indagini preliminari ed all'udienza preliminare, dall'art. 391-*octies* c.p.p.; è l'art. 391-*decies* c.p.p., invece, a regolarne l'impiego in sede dibattimentale. Le prospettive di utilizzazione della documentazione difensiva risultano essere, in ogni caso, ben più ampie, estendendosi anche ai procedimenti cautelari, ai riti speciali ed ai giudizi di impugnazione; dopo la chiusura del procedimento penale, non ne è esclusa nemmeno l'utilizzabilità nel corso della fase esecutiva e nell'ambito del giudizio di revisione.

<sup>16</sup> L'art. 391-*decies* c.p.p. prevede, infatti, che delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore le parti possano servirsi «a norma degli articoli 500, 512 e 513», ossia ai fini delle contestazioni (art. 500 c.p.p.) e delle letture (artt. 512 e 513 c.p.p.) eccezionalmente consentite in sede dibattimentale. Si ricorda, in proposito, che nel dare attuazione alla riforma del «giusto processo» (legge cost. 23 novembre 1999, n. 2) e, in particolare, al principio del «contraddittorio nella formazione della prova» di cui al comma 4 del riformulato art. 111 Cost., il legislatore è intervenuto proprio sulla disciplina dei meccanismi di recupero in chiave probatoria della documentazione investigativa unilateralmente formata dalle parti, reagendo (seppur con colpevole ritardo) alla «svolta inquisitoria» impressa al sistema dalla Corte Costituzionale già nel 1992 (v. *supra*, nota 8, 9 e 10). Tra le modifiche più significative introdotte con legge 1° marzo 2001, n. 63 – entrata in vigore solo pochi mesi dopo la legge n. 397 del 2000 – si richiamano, nello specifico, quelle apportate all'art. 500 c.p.p.: nella sua attuale formulazione, la norma prevede che le dichiarazioni lette per le contestazioni possano essere valutate solo ai fini della credibilità del teste (comma 2); la loro acquisizione al fascicolo del dibattimento, con conseguente utilizzabilità ai fini della deliberazione (cfr. art. 526 c.p.p.), è limitata alle due sole ipotesi di cui ai commi 4 e 7: nel primo caso, il «recupero» delle dichiarazioni precedentemente rese dal teste è subordinato all'emersione, nel dibattimento, di circostanze tali da far ritenere che il dichiarante sia stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o altra utilità per non deporre o per deporre il falso (art. 500 comma 4 c.p.p.); nel secondo, l'inserimento nel fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni lette ai fini delle contestazioni trova la propria giustificazione nell'«accordo delle parti» (art. 500 comma 7 c.p.p.).

inseguire anche sul piano, distinto ma strettamente correlato, delle modalità di svolgimento dell'indagine, da un lato, consentendo al difensore di formare atti processualmente spendibili, dall'altro, cercando di assicurare, anche attraverso il rafforzamento della tutela penale dell'investigazione difensiva, la genuinità degli stessi.

Ad oggi, dunque, non sembra esservi più spazio per indirizzi giurisprudenziali tendenti a stabilire una “gerarchia”, in termini di affidabilità, tra la documentazione investigativa depositata dal pubblico ministero e quella presentata dal difensore. Tanto più che la stessa Corte di Cassazione, con una controversa pronuncia a Sezioni Unite, si è spinta addirittura a riconoscere al difensore verbalizzante la qualifica di pubblico ufficiale, dando atto, in tal modo, di considerare raggiunta, anche sotto il profilo soggettivo, la parità di accusa e difesa sul piano “inquirente”; sia pure con tutte le riserve che si possono esprimere al riguardo<sup>17</sup>.

Forse comprensibili – a fronte della lacunosa disciplina dell'art. 38 disp. att. c.p.p. abr. – in epoca anteriore all'entrata in vigore della legge n. 397 del 2000, “precisazioni” e “sottolineature” come quelle contenute nella sentenza del G.u.p. di Milano finiscono dunque per scontrarsi con un dato normativo e con acquisizioni giurisprudenziali che, non lasciando spazio ad incertezze interpretative, attribuiscono ormai agli atti dell'indagine difensiva ritualmente formati dignità pari a quella delle risultanze dell'investigazione condotta dall'organo dell'accusa.

#### **4. Investigazioni difensive e giudizio abbreviato.**

Da ultimo, merita di essere segnalato il fatto che la sentenza in esame sia stata pronunciata all'esito di giudizio abbreviato, procedimento speciale nell'ambito del quale l'impiego delle risultanze dell'indagine difensiva ha presentato in passato profili problematici, oggi superati grazie all'intervento del legislatore.

Già nei primi commenti alla legge n. 397 del 2000, la dottrina più attenta aveva messo in evidenza come il “combinato disposto” della nuova disciplina delle investigazioni difensive e di quella del giudizio abbreviato (modificata solo un anno prima con la legge 16 dicembre 1999, n. 479), avesse aperto la strada ad un utilizzo della documentazione di indagine potenzialmente lesivo del principio del contraddittorio tra le parti. Il difensore, infatti, dopo aver condotto le proprie investigazioni ed aver selezionato il materiale probatorio favorevole alla posizione dell'assistito, avrebbe potuto trattenere presso di sé le risultanze dell'indagine in attesa di presentarle “a sorpresa” nel corso dell'udienza preliminare, chiedendo contestualmente, a norma dell'art. 438 c.p.p. la definizione del processo «allo stato

---

<sup>17</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 27 giugno 2006, n. 32009: “*La valenza probatoria del verbale di informazioni assunte dal difensore a norma degli artt. 391-bis e 391-ter c.p.p. – afferma la Suprema Corte – conferisce carattere pubblico all'atto medesimo e alla funzione del difensore che lo forma, cosicché integra il delitto di falso ideologico in atto pubblico di cui all'art. 479 c.p. la condotta del difensore che utilizza processualmente un verbale redatto in modo incompleto*”. Sul punto cfr. E. LORENZETTO, *Dal difensore inquirente al difensore istruttore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1219 ss.



degli atti». In tal modo, la difesa avrebbe fatto confluire nella piattaforma conoscitiva del giudice elementi probatori direttamente utilizzabili a fini decisori in sede di giudizio abbreviato “secco”, privando al contempo il pubblico ministero della possibilità di “reagire”, sul terreno della prova, alle nuove produzioni documentali<sup>18</sup>.

Su tale meccanismo di presentazione delle risultanze dell’indagine difensiva si sono espresse sia la Corte di Cassazione che la Corte Costituzionale, confermandone in più occasioni la legittimità ma preoccupandosi, allo stesso tempo, di individuare nel giudice il soggetto processuale tenuto ad assicurare, anche mediante congrui differimenti delle udienze, che gli elementi probatori introdotti “a sorpresa” nel procedimento non finissero per essere del tutto sottratti al contraddittorio tra le parti<sup>19</sup>.

A regolare espressamente il fenomeno è infine intervenuto il legislatore, che con la legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando) ha previsto, in caso richiesta di giudizio abbreviato formulata immediatamente dopo il deposito dei risultati delle indagini difensive, l’apertura di un’ulteriore “finestra” investigativa a favore del pubblico ministero, che può oggi beneficiare della concessione di un termine non superiore a sessanta giorni «per lo svolgimento di indagini suppletive limitatamente ai temi introdotti dalla difesa», fatta comunque salva la possibilità, per quest’ultima, di revocare la propria richiesta (art. 438 comma 4 c.p.p.)<sup>20</sup>.

La *ratio* della disposizione è evidente: consentendo all’accusa di “replicare” alle produzioni a sorpresa della difesa, la norma mira a garantire quell’equilibrio tra le posizioni delle parti che, sul piano della prova, rischierebbe altrimenti di essere messo in crisi dall’utilizzo tattico che solo il difensore può fare delle risultanze

<sup>18</sup> Cfr. G. DI CHIARA, *Le linee prospettive del “difendersi ricercando”: luci e ombre delle “nuove” investigazioni difensive (l. 7.12.2000 n. 397)*, in *La legislazione penale*, 2002, p. 24 ss.; sul punto cfr. anche P. GAETA, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, in *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, 2001, p. 129 ss.

<sup>19</sup> Sul punto cfr., in particolare, Corte Cost., 24 giugno 2005, n. 245, in *Cass. pen.*, 2006, fasc. 2, p. 435; Cass., sez. VI, 31 marzo 2008, n. 31683, Reucci, in *Cass. pen.*, 2010, p. 242; Corte Cost., 26 giugno 2009, n. 184, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2039. Sul dibattito dottrinale seguito alla pronuncia da ultimo citata cfr. V. GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, fasc. 10, p. 3671 ss., E. AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, fasc. 1, p. 17 ss. ed ancora V. GREVI, *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2010, fasc. 4, p. 1287 ss. Si segnala, da ultimo, la pronuncia Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 117, in *Giur. Cost.*, 2011, fasc. 2, p. 1629 ss., con commento di F. CASSIBBA, *Continuità investigativa e acquisizione degli atti dell’indagine suppletiva: una lettura restrittiva della Corte Costituzionale*.

<sup>20</sup> Per una panoramica delle modifiche apportate dalla legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando) alla disciplina del giudizio abbreviato, cfr. M. GIALUZ – A. CABIALE – J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.* 3/2017, p. 181 ss.

della propria indagine; ciò, ovviamente, muovendo dal presupposto che anche a quest'ultimo, al pari del pubblico ministero, sia ormai riconosciuta la possibilità di far pervenire all'organo giudicante atti investigativi suscettibili di essere valutati anche ai fini della decisione di merito.

Sarebbe paradossale, allora, che fosse proprio il giudice, in sede di giudizio abbreviato, a "smentire" il legislatore, per giunta sul presupposto errato dell'assenza di un vincolo di veridicità in capo alla fonte interpellata, negando alle risultanze investigative formate e prodotte dalla difesa quella piena valenza probatoria che ha reso necessaria l'introduzione, nell'art. 438 comma 4 c.p.p., del predetto meccanismo "correttivo" a tutela del contraddittorio.